

III. VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL*

Para cualquier área del conocimiento, el tema de la interrupción legal del embarazo antes de las doce semanas a voluntad de la mujer gestante (despenalización del aborto) es complejo. Los filósofos, teólogos, científicos, médicos y personas que forman parte de la sociedad, tienen opiniones encontradas que no llegan a una conclusión global.

La discusión o defensa de las distintas posturas sobre el tema es un ejercicio de la libertad de expresión, ideología o credo, que no puede restringirse o juzgarse y que, incluso, contribuye en el desarrollo democrático de una sociedad.

La perspectiva anterior se modifica cuando el tema se traslada al plano jurídico, porque en este ámbito se exige una

* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 1581; IUS: 40171.

respuesta acorde con los derechos y el orden social que tutela el Estado constitucional democrático.¹

En estos casos, se exigen respuestas sustentadas en argumentos sólidos que justifiquen las decisiones o interpretaciones adoptadas, en razón de sus efectos e impacto en el mundo jurídico.

Aun con lo dicho, las respuestas jurídicas no siempre gozan de un consenso unánime, ya que pueden entrañar temas tan complejos como el relativo a la interrupción legal del embarazo a voluntad de la mujer. Es por ello que consideré importante exponer las razones y argumentos que me llevaron a votar por la constitucionalidad de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 Bis 6, tercer párrafo y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, reformados y adicionados mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial de la mencionada entidad el 26 de abril de 2007.²

¹ En este punto nos referimos a la configuración del "Estado constitucional democrático" que se fundamenta en el bienestar de la persona humana en su desarrollo individual o colectivo y además reconoce que nada puede amenazar más los derechos humanos que el Estado mismo y por tal motivo, éste debe contemplar derechos de defensa del ciudadano contra el Estado. Cfr. Alexy Robert, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático" en *derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ISSN 1133-0937, Año no. 5, no. 8, 2000, pp. 21-42.

² El Código Penal del Distrito Federal en la parte relativa establece lo siguiente: "Capítulo V. Aborto (Reformado, G.O. 26 de abril de 2007) "Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. ... Para los efectos de este código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio."

(Reformado, G.O. 26 de abril de 2007) "Artículo 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.—Al que hiciera abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión."

(Reformado, G.O. 26 de abril de 2007) "Artículo 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.—Para

Desde mi perspectiva, el tema de la interrupción legal del embarazo o la despenalización del aborto en ciertas circunstancias obliga al estudio de los derechos humanos y fundamentales de las mujeres que no sólo se encuentran en la Constitución, sino también en una diversidad de instrumentos internacionales con los cuales existe un compromiso por parte del Estado mexicano.

El caso de la interrupción del embarazo por voluntad de la mujer no debe ser comparado con ningún otro supuesto

efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión."

(Reformado, G.O. 26 de abril de 2007) "Artículo 147. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta." **Por su parte, la Ley de Salud para el Distrito Federal sostiene:** "Artículo 16 Bis 6. Las instituciones públicas de salud del Gobierno del Distrito Federal, gratuitamente y en condiciones de calidad, deberán proceder a la interrupción del embarazo en los supuestos permitidos en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuando la mujer interesada así lo solicite. Para la cual las referidas instituciones públicas de salud deberán proporcionar información oportuna y veraz de otras opciones con que cuentan las mujeres además de la interrupción del embarazo, así como las consecuencias en su salud.—La interrupción del embarazo deberá realizarse en un término de cinco días, contados a partir de que sea presentada la solicitud y satisfechos los requisitos establecidos en la legislación aplicable. (Adicionado, G.O. 26 de abril de 2007) Las instituciones públicas de salud del Gobierno del Distrito Federal atenderán las solicitudes de interrupción del embarazo a las mujeres solicitantes aun cuando cuenten con algún otro servicio de salud público o privado. (Adicionado, G.O. 26 de abril de 2007) "Artículo 16 Bis 8. La atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter prioritario. Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.—El gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables. Sus servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el índice de abortos, a través de la prevención de embarazos no planeados y no deseados, disminuir el riesgo reproductivo, evitar la propagación de las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad a las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes.—El Gobierno del Distrito Federal otorgará servicios de consejería médica y social en materia de la atención a la salud sexual y reproductiva, funcionando de manera permanente con servicios gratuitos que ofrecerán la información, difusión y orientación en la materia, así como el suministro de todos aquellos métodos anticonceptivos cuya eficacia y seguridad estén acreditadas científicamente. Asimismo, proporcionarán a la mujer que solicite la interrupción de su embarazo la información a que se refiere el último párrafo del artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal. Los servicios de consejería también ofrecerán apoyo médico a la mujer que decida practicarse la interrupción del embarazo después del procedimiento de aborto, particularmente en materia de planificación familiar y anticoncepción."

en razón de contener características específicas que exigen un trato especializado.

La penalización del aborto equivale a una obligación de hacer, esto es, que el Estado impone su fuerza (la última ratio que se utiliza para los seres humanos que más atentan contra la sociedad, la sanción penal) para obligar a una mujer a continuar con su embarazo y, por ende, convertirse en madre.

No nos corresponde conocer o evaluar las razones de su embarazo, ya que corresponden a su intimidad o situaciones adversas. Además, porque tal exigencia implicaría concederle al Estado distintos grados o niveles de intervención en las decisiones internas o externas de sus gobernados, lo cual atenta de manera directa con derechos de libertad e intimidad.

¿Cuáles son los motivos por los que una mujer arriesga su salud e incluso su propia vida y transgrede la ley penal acudiendo al inframundo del aborto clandestino? La respuesta a lo anterior se concentra en el círculo vicioso de la desigualdad, la marginación, la discriminación o diversas circunstancias que sólo pueden ser resentidas por las mujeres y sus cuerpos.

El tema del aborto (que sin duda es un problema) tiene distintas vertientes que no deben mezclarse. El valor que se le concede al embrión menor de doce semanas es variable en razón de ideología, credo, cultura y filosofía. Para el caso científico que sí podría tener injerencia en la decisión jurídica tampoco existe un consenso.³

³ Sobre este punto se puede evaluar el cuestionario sobre "materia de concepción y vida humana en el seno materno" que fue contestado por prestigiosos científicos para efecto del presente asunto.

La penalización del aborto genera un manifiesto estado de desigualdad entre los varones y las mujeres, porque no pueden existir sanciones penales que deriven de diferencias biológicas. De ahí que mi propuesta desde un principio fue que el asunto se evaluara desde la perspectiva de género que no es otra cosa que "el deber constitucional de tomar en cuenta las maneras en las cuales los roles, las actitudes, los valores y las relaciones con respecto a los niños y niñas, mujeres y hombres se construyen en las sociedades constituyendo instituciones sociales como el derecho, la religión, la familia, la ideología, etcétera, en las que se crean posiciones sociales distintas para una asignación desigual de derechos y responsabilidades entre los sexos."⁴

De ahí la importancia de considerar que también estamos ante un problema de índole penal, porque se trata de valorar si esta rama de derecho es la adecuada para sancionar la relevante decisión de ser madre.

En este sentido, cito lo siguiente: "En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa (de no convertirse en madre y, por tanto, de abortar), sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales que es complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho-poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decirlo constituyente, de tipo pre o meta jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se

⁴ Facio, Alda. Asegurando el futuro. Las instituciones de derechos humanos y los derechos reproductivos, en glosario de: Curso Básico sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en el del aborto.⁵

Sin duda existe un importante conflicto entre el bien jurídico tutelado embrión menor de doce semanas y la mujer que lo entraña en su cuerpo. Igualmente, existe un conflicto aún más impactante que se presenta cuando una mujer decide no ser madre desafiando a la ley penal y con ello al peso del Estado en su contra. La cifra de mujeres vinculadas con aborto no es un tema menor, es un tema de salud pública y ello ha sido reconocido así por el Estado mexicano.

El resultado real de lo anterior se exhibe en la cifra del Consejo Nacional de Población (en adelante Conapo) que expone que en el año 2000 (obviamente posteriores) "el aborto representa un problema social y de salud pública por las serias implicaciones que tiene para la salud materna. A pesar de que no se cuenta con información precisa sobre el número de abortos que ocurren en el país, se estima, ... se calcula que en 1995 ocurrieron alrededor de 110 mil abortos inducidos en el país y cerca de 102 mil en 1997."⁶ A esto se agregan otros estudios que arrojan que en México la cantidad podría superar los 500 mil abortos inducidos por año.⁷

⁵ Ferrajoli Luigi "Igualdad y diferencia", en Ferrajoli Luigi y Miguel Carbonell, *Igualdad y diferencia de género*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, p. 21.

⁶ Conapo, El cuaderno de salud reproductiva del Distrito Federal, se puede consultar en: http://www.conapo.gob.mx/publicaciones/CuaSalud/pdf/df.pdf_20/VIII/08.

⁷ La información citada puede consultarse en: http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=3_20/VIII/08.

La interrupción legal del embarazo no es un tema que deba involucrarse con corrientes o posturas ideológicas, es un tema de derechos humanos y fundamentales de la mujer.

Los cuestionamientos sobre la posición y reconocimiento del embrión no viable o menor de doce semanas sin duda es complejo, no existe consenso al respecto. No obstante, de lo que sí existe prueba fehaciente y clara es de que las mujeres son personas, seres humanos con nombre que requieren tener el reconocimiento real de ciudadanas responsables de las decisiones que recaen directamente en sus cuerpos, en sus vidas, en sus proyectos, sin que medie sanción penal.

La interrupción legal del embarazo no es un tema espontáneo que se le ocurrió al legislador del Distrito Federal, es el resultado de una serie de sucesos que se identifican aun antes de que las mujeres se reconocieran como ciudadanas (1953) y como ejemplo tenemos que en el año de 1931 se aprobó el primer Código Penal para el Distrito Federal, en el que se incluyó la despenalización del aborto en casos de violación y por imprudencia de la mujer.

La anterior modificación marca al Estado mexicano y lo diferencia de otros del continente que ni siquiera en estos tiempos reconocen el derecho a abortar en los casos de violación o por el riesgo de la vida de la madre.⁸

⁸ El caso más impactante es el de Nicaragua, donde se endureció la ley penal al grado de impedir el aborto terapéutico que ha costado la vida de cientos de mujeres de ese país. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos envió una carta al gobierno de este Estado para manifestarle su preocupación por la penalización del aborto terapéutico en razón de que pone en riesgo los derechos humanos de las mujeres.

Una vez que he mencionado algunas consideraciones generales del tema, puntualizaré mi postura alrededor de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

El citado asunto tuvo su primera propuesta determinando que la interrupción legal del embarazo antes de las doce semanas a solicitud de la mujer era inconstitucional.⁹ El contenido del proyecto se discutió en las sesiones de fechas 25, 26, 27 y 28 de agosto de dos mil ocho y en términos generales expresé los siguientes argumentos:

"Estoy en contra del proyecto porque estimo que no realiza una valoración equilibrada del contexto jurídico que entraña la esencia del tema a resolver. Asimismo, porque no concede la relevancia de los derechos humanos de las mujeres que se encuentran estrechamente vinculados con las normas impugnadas. Por otra parte, porque considero que no se atienden en su justa medida las diversas recomendaciones internacionales de derechos humanos que se han dirigido especialmente al tema de la penalización de la interrupción de los embarazos a petición de la mujer gestante."

El resultado de la votación del estudio propuesto es conocido y, por ello, me pronunciaré en justificar las razones de mi voto y las consideraciones que son afines e incompatibles con la resolución definitiva.

A. Legitimación de los promoventes: Me pronuncié especialmente por el comisionado nacional de derechos huma-

⁹ El proyecto de referencia puede consultarse en el micrositio sobre la despenalización del aborto <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/>

nos, porque conviene precisar los alcances de su legitimación activa que también se vincula con la de los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los Estados de la República.

Esta legitimación se encuentra estrechamente supeditada a los temas de derechos humanos, los cuales tienen que encontrarse necesariamente presentes en la naturaleza de la impugnación.

Por tanto, si bien pueden exponerse conceptos de invalidez sobre competencia, ellos no deberán reclamarse como la materia esencial de la acción.

El momento para determinar la naturaleza de la acción puede presentarse en la procedencia o en el estudio de fondo. Sin embargo, dicho requisito no debe descartarse de ninguna manera, debido a que es la propia Constitución mexicana la que lo exige.¹⁰

En este sentido —ya sea en procedencia o en el fondo del estudio— es útil determinar los efectos de una acción de inconstitucionalidad en la cual se concluye que no existe relación con el tema de derechos humanos.

Tal aseveración tiene relación con el objeto que se atribuye a la reforma constitucional que concedió legitimación a los organismos de derechos humanos nacional y de las entidades

¹⁰ Al igual que en la materia electoral, el artículo 105, fracción II, inciso g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece una acción de inconstitucionalidad especializada, porque concede legitimación a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y a los organismos de protección de derechos humanos equivalentes, sólo en los casos en que exista la posible vulneración de derechos humanos.

federativas, debido a que se tuvo especial cuidado en no desvirtuar su naturaleza, ya que se les permitió impugnar una norma general para denunciar y prevenir violaciones de derechos humanos *ex ante*.¹¹

Por otra parte, en este tipo de medio de control abstracto de inconstitucionalidad también se presenta una relevante suplencia de la queja que exige agotar los posibles supuestos de violaciones de derechos humanos vinculados con el tema. Igualmente, en este estudio se puede presentar un efecto de identificación o reconocimiento de este tipo de derechos en un rango constitucional.

Por tanto, mi postura es la de reconocer y tomar en cuenta la relevancia de las acciones de inconstitucionalidad presentadas por este tipo de órganos legitimados, debido a que ello le concede una naturaleza especializada en derechos humanos.

En este sentido, el presente caso exige un especial cuidado, ya que no debe perderse de vista que estamos ante la impugnación de normas que conceden derechos que ya han sido y están siendo ejercidos por un sector de la población.

¹¹ Esta afirmación se mencionó en el proceso legislativo que reformó el contenido del artículo 105, fracción II, inciso g), publicada el dieciséis de septiembre de dos mil seis. Al respecto, se mencionó lo siguiente: "Como vemos, su ámbito de acción será muy amplio en el estudio de las leyes que se aprueben en el país, para oportunamente detectar si las mismas son contrarias a los derechos humanos establecidos en nuestra Constitución y si así es, acuda ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para solicitar la anulación de dichas normas generales. ... **Con el ejercicio de esta facultad, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos cuenta con un importante instrumento para prevenir ex ante las violaciones a los derechos humanos y no como ahora que actúa ex post y esto es después de que se comete una violación a los derechos humanos.**" (el subrayado es mío).

B. Consideraciones previas sobre la complejidad del problema:

En este asunto se determinó establecer las consideraciones previas a la complejidad del problema y yo me pronuncié por incorporar los temas de derechos humanos y fundamentales de las mujeres que guardan relación con los derechos sexuales y reproductivos por significar la puerta de acceso al reconocimiento de la verdadera igualdad y ejercicio pleno de la ciudadanía.¹²

Me parece relevante porque al subestimar este importante punto, la consecuencia lógica fue la desvalorización de los motivos que orillaron a que el legislador estimara que el tipo penal de aborto antes de las doce semanas de gestación se eliminara del Código Penal del Distrito Federal.

La anterior determinación se encuentra vinculada con el estudio que se hizo sobre informes en materia de salud, causas

¹² No todos los sujetos están en la misma condición con respecto a su ciudadanía. Las mujeres todavía hoy luchan para ser consideradas sujetos de derecho (de otro modo no se explica que, a pesar de la universalidad de los tratados de derechos humanos de la mitad del siglo XX hayan hecho falta convenciones específicas para garantizar a las mujeres el acceso a derechos elementales como la integridad corporal y la representación pública). Cfr. Gamba Susana Beatriz coord, *Diccionario de estudios de género, voz derechos humanos de las mujeres* por Diana Maffia, Biblos, Buenos Aires, 2007, p. 82. En el caso de las mujeres son fundamentales la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo, la relatoría especial sobre la violencia contra la mujer, así como observaciones y resoluciones de otros órganos y comités de derechos humanos. Por lo que respecta al sistema regional latinoamericano destacan la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará), el Sistema Interamericano en su generalidad (CIDH y Corte IDH) y la Relatoría sobre los derechos de la mujer. Asimismo, resulta relevante que se identifique que los derechos humanos de las mujeres tienen un especial pronunciamiento en lo relativo al verdadero ejercicio de la ciudadanía equitativa que tiene un papel central en los derechos sexuales y reproductivos por ser en sí mismo el derecho que les permite tener acceso a otros derechos, **ya que son las reproductoras de la especie**. Igualmente existen otros documentos internacionales que pueden ser considerados derecho interno en donde se ha determinado que las mujeres tienen derecho a disfrutar de su libre maternidad y que, por tanto, el Estado no puede imponerles por la vía penal la culminación de un embarazo.

penales, prueba pericial y comparecencias que sostienen y justifican aún más la constitucionalidad de las normas impugnadas. No obstante, en la sesión de fecha 25 de agosto de dos mil ocho, no fueron atendidas (pese a mi sugerencia) y, por ello, expongo algunos puntos de manera breve:

I. Informes en materia de salud

Ya sea que tomemos una fuente oficial o de organizaciones no gubernamentales, lo cierto es que ambas coinciden en que el aborto inducido sí representa un problema de salud pública en México que sin duda tiene alcances en el Distrito Federal, ya que además representa la tercera causa de muerte materna.¹³

En este sentido, es posible estimar que si a partir de la interrupción legal del embarazo han sido atendidas más de 12,000 mujeres, existe una confirmación de legitimación normativa o aprobación por parte de aquellas directamente beneficiadas con este servicio de salud pública.

Igualmente, podemos considerar que este servicio beneficia los derechos de las mujeres, ya que además de evitar los problemas que implica el submundo del aborto clandestino, según la normatividad implica con programa integral, ya que se les asesora y explican sus derechos a la salud sexual y reproductiva.¹⁴

¹³ Conapo, El cuaderno de salud reproductiva del Distrito Federal se puede consultar en: <http://www.conapo.gob.mx/publicaciones/CuaSalud/pdf/df.pdf> p. 38.

¹⁴ Sobre este tema puede consultarse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos*, Fondo de Población de Naciones Unidas y Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Costa Rica, 2008, p. 83.

II. Causas penales

Uno de los temas más importantes a considerar es el relativo a las causas penales, debido a que ello nos sirve para conocer si la penalización de la interrupción de un embarazo cumple con las finalidades de razonabilidad, proporcionalidad y justificación del derecho penal. Más aún, si tomamos en cuenta que el poder penal —tanto en su definición como en su ejercicio práctico— representa en manos del Estado el medio más poderoso de control social (que en el caso de aborto se dirige principalmente a las mujeres).¹⁵

Según un estudio realizado para el primer proyecto, de los informes solicitados a diversos órganos jurisdiccionales del Distrito Federal y entidades federativas tenemos que las causas penales y averiguaciones previas tramitadas en relación con el delito de aborto no pasan de 1000. Por tanto, tenemos un indicador de que el delito de aborto ahora despenalizado por la Asamblea Legislativa tenía mayores impactos negativos por su definición que por su ejercicio práctico.

Igualmente, la citada penalización sí representa un generador de desigualdad ya que en un informe de 2006 de Human Rights Watch sobre el aborto en México, año 2006, la subprocuradora de San Luis Potosí dijo: "Sí, por supuesto que se implementan las sanciones penales por aborto ilegal. ... Si alguien va a la cárcel, es la mujer."¹⁶

¹⁵ Larrandart, Lucía, "Control social, derecho penal y género", en Birgin Haydée, comp., *Las trampas del poder punitivo*, Biblos, Buenos Aires, 2000, p.85.

¹⁶ Entrevista telefónica de Human Rights Watch a Concepción Tovar Monreal, subprocuradora, responsable de la agencia especializada en violencia familiar y delitos sexuales, Procuraduría General de Justicia de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 28 de noviembre de 2005, publicada en el informe sobre aborto en México de marzo de 2006, consultable en la página http://www.hrw.org/spanish/informes/2006/mexico0306/4.htm#_ftn110.

III. Prueba pericial y

IV. Comparecencias

Del cuestionario sobre "materia de concepción y vida humana en el seno materno" que fue contestado por prestigiados científicos y del cual destacan diversas preguntas como si ¿Un leproso tuberculoide avanzado con anestesia en miembros es humano? o si ¿Un parálítico cerebral sin autonomía alimentaria es humano? (aclarando que desde mi punto de vista el término "paralítico" es sensible en el lenguaje de derechos humanos y discriminación) o si ¿un autista es humano? y de las distintas comparecencias de asociaciones, agrupaciones y particulares que expresaron argumentos por la constitucionalidad y por la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, se arribó a la conclusión de que no existe un consenso y que, por ende, no se puede arribar a conclusiones a menos que partamos de una postura ideológica, moral o ética.

El punto anterior sirve para confirmar que las diferentes posturas sólo confirman que el derecho difícilmente podría imponer una sola postura de valorización sobre los bienes que constituyen una parte del problema.

Sin embargo, no se quiso agotar en la discusión del asunto, aun cuando parte de estas preguntas sí fueron utilizadas en una de las intervenciones que sostenían la inconstitucionalidad de las normas.¹⁷

¹⁷ Sesión del 27 de agosto de 2007, en la intervención del Sr. Ministro Mariano Azuela se citaron algunas de las preguntas del cuestionario y no así las conclusiones.

C. Estudio de fondo:

En este apartado comparto el estudio realizado en la resolución relativa a la competencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia penal y de salud. Asimismo, lo relativo al tema de las facultades concurrentes y de coordinación en este último rubro.

No obstante, me parece que la resolución debió tomar en cuenta lo siguiente:

a) Relevancia de los temas de derechos humanos y fundamentales de las mujeres

Se advierte la subestimación de las motivaciones y argumentos jurídico-constitucionales expresados en la exposición de motivos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que aprobó la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo hasta las doce semanas.

El resultado de esta parcial apreciación implica que en la parte en que el proyecto realiza una valoración de los motivos del legislador no se desarrollen los puntos de los derechos de las mujeres, ya que en un principio no se consideran como puntos de partida para su estudio.

En razón de los argumentos citados, estimé conveniente introducir una perspectiva de género en la discusión en la justificación de mi voto.

Lo anterior, además de ser parte de nuestra Constitución, también ha sido reconocido y comprometido por el Estado

mexicano en diversos instrumentos jurídicos como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW),¹⁸ la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención De Belén Do Para, entre otros documentos de no menor importancia.

b) Estudio de preceptos de la Constitución mexicana y marco jurídico aplicable

b1. Artículo 1o. de la Constitución.

Los efectos de la igualdad reconocida por el artículo 1o. de la Constitución Mexicana tiene el efecto de garantizar que las mujeres no sufran de la discriminación legislativa que las coloca en una situación de inequidad y desventaja.

Digo lo anterior, porque si analizamos el contenido del citado artículo y lo relacionamos con el presente asunto, podemos observar lo siguiente:

a) Derecho a la protección de los derechos y garantías que concede la Constitución: En el momento en que el Estado mexicano impone por la vía penal la culminación de un embarazo, restringe una serie de derechos fundamentales de las mujeres, debido a que las coloca en considerable des-

¹⁸ Documento que entró en vigor en 1981 y actualmente está firmado por más de 100 países miembros de las Naciones Unidas. Es considerado como la Carta Magna de las Mujeres. La importancia de este documento radica en que afirma positivamente el principio de igualdad entre hombres y mujeres, al pedir a los Estados partes que tomen todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

ventaja al no permitirles ejercer su autonomía y ciudadanía plenamente.

b) Queda prohibida la esclavitud: La esclavitud no ha sido erradicada en la población mundial. Actualmente, se han reconocido diversas formas de servidumbre o moderna esclavitud. En algunos supuestos, el embarazo forzado implica una forma de esclavitud porque impone a la mujer un periodo de gestación en contra de su voluntad con implicaciones para el resto de su vida.

c) La Constitución prohíbe la discriminación motivada por género, edad, condición social, salud, religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga el objeto de anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas:

c.1 La penalización de la interrupción voluntaria de un embarazo menor de doce semanas, discrimina en razón de género, porque a partir de la figura de la maternidad y los hijos se justifica que es su deber y obligación culminar un embarazo en cualquier circunstancia bajo la amenaza de una pena criminal, generando la posibilidad de que si toma la decisión de no ser madre se le atribuya la categoría de delincuente.

c.2 Se discrimina en razón de edad, porque no se respeta el momento biológico y físico en el cual una mujer se siente lista para disfrutar del ejercicio de la maternidad, ya que bajo la amenaza penal se le obliga a culminar un embarazo sin importar en qué etapa de su vida se encuentra. En este punto, conviene mencionar que las niñas tienen el derecho de no ser madres.

c.3 Se discrimina en razón de condición social: Sin lugar a dudas, éste es uno de los puntos clave para justificar que interrupción legal del embarazo menor de doce semanas es constitucional, ya que si bien es cierto que las mujeres que deciden esta interrupción pertenecen a diferentes sectores de la sociedad, lo cierto es que los problemas de salud que generan los abortos inseguros tienen un mayor impacto en las mujeres pobres. De ahí que en algunas legislaciones se permita la causal de aborto por razones económicas.¹⁹

c.4 Se discrimina por motivos de salud, porque la penalización de la interrupción de un embarazo genera que las mujeres que resultan afectadas por acudir al aborto inseguro, no están sujetas a un control sanitario adecuado y mucho menos pueden exigir servicio médico en caso de complicaciones. Incluso, esto provoca que en algunos casos de complicación la mujer sea abandonada ante el temor de represalias a terceros que la auxilien.

c.5 Se discrimina por motivos de religión, opinión o preferencia, porque no existen criterios objetivos, consensuados y razonables que justifiquen que se debe valorar al embrión como persona y, por tanto, si el Estado establece una valoración impuesta por el derecho penal, ello restringe libertades de religión, opinión o preferencia.

c.6 Se discrimina por el estado civil, porque se promueve un trato diferenciado entre las mujeres casadas y solteras, que deciden interrumpir un embarazo, estimando que las primeras se encuentran obligadas a tener los hijos que se conciban

¹⁹ El Estado de Yucatán prevé esta causal.

dentro del matrimonio y para las segundas se estimula la crítica social.

c.7 Se atenta contra la dignidad de las mujeres y se menoscaban sus derechos y libertades, porque en el momento en que el Estado impone la continuación de un embarazo por la vía penal restringe una serie de derechos y libertades que la colocan en una marcada situación de desigualdad social que trasciende a su dignidad de persona humana.

De lo anterior, podemos afirmar que no encontramos alguna justificación lógico-jurídica que permita determinar que el embrión menor de doce semanas es un individuo-persona que pueda anteponerse y restringir los derechos de las mujeres nacidas. En todo caso, como se ha venido mencionando, el embrión menor de doce semanas es un bien jurídico que no queda desprotegido del marco de la ley, salvo en el supuesto de que la mujer decida no continuar con su embarazo.

Por tanto, es un bien jurídico cuya valoración corresponde al ámbito moral, ético o religioso, que a su vez consolida los derechos, creencias y libertades de las personas.

b2. Artículo 3o. de la Constitución.

Me parece importante mencionar que existe la obligación constitucional para que el Estado tutele de manera relevante los derechos humanos, la dignidad e integridad de las mujeres y les garantice la participación frente a los varones en condi-

ciones de equidad que respete el Pacto Federal.²⁰ Asimismo, exige que se incorpore a las mujeres indígenas al desarrollo mediante apoyo y protección de su salud educándolas en la toma de decisiones.

Por tanto, si tomamos en cuenta que en el Distrito Federal existen grupos de población indígena²¹ en los cuales algunas mujeres han solicitado la interrupción legal de su embarazo, ello implica que los beneficios de las normas impugnadas tienen una trascendencia a los diferentes sectores de la población.²² En este caso, beneficia a un sector vulnerable generándoles un servicio de salud pública.

Por lo que respecta al artículo 3o. constitucional, el proyecto confirma que la educación debe perseguir el fomento de los diversos valores que el Constituyente ha plasmado en

²⁰ Artículo 2o. La nación mexicana es única e indivisible: ... A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: ... II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, **los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.** La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los Jueces o tribunales correspondientes. III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, **garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el Pacto Federal y la soberanía de los Estados.** ...

"B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos. ... V. **Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.**"

²¹Cfr. <http://www.cdhdof.org.mx/index.php?id=informesdiagnostico>.

²² En el periodo comprendido del 22 de mayo al 24 de junio de 2008, en el Centro de Salud Comunitario T-III "Beatriz Velasco de Alemán" de la Secretaría de Salud del Distrito Federal se han atendido 500 casos de interrupción legal del embarazo. ... De la totalidad de los mismos, aproximadamente 20 casos han correspondido a mujeres indígenas y el 35% en la atención a mujeres de otros Estados de la República. Fuente: Datos proporcionados por el Centro de Salud "Beatriz Velasco de Alemán" (junio 2008). La información puede consultarse en: <http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=205>.

nuestra Carta Fundamental. Al respecto, es importante destacar que el programa de la interrupción legal del embarazo contribuye en la educación de los derechos sexuales y reproductivos, porque forma parte de una política integral que brinda información a la mujer que solicita la interrupción de su embarazo sobre opciones anticonceptivas aconsejándole cuál es el método apropiado a sus condiciones.²³

De esta manera, estimamos que no se vulnera el artículo 3o. constitucional, ya que, por el contrario, se promueven aspectos de educación de la salud reproductiva y derechos sexuales.

b.3 Artículo 4o. de la Constitución.

b.3.1 Igualdad entre el varón y la mujer

En relación con el punto sobre la igualdad entre varón y la mujer, el proyecto determina que en el artículo 1o. consti-

²³ "Artículo 16 Bis 8. La atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter prioritario. Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.—El gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables. Sus servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el índice de abortos, a través de la prevención de embarazos no planeados y no deseados, disminuir el riesgo reproductivo, evitar la propagación de las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad a las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes. El Gobierno del Distrito Federal otorgará servicios de consejería médica y social en materia de la atención a la salud sexual y reproductiva, funcionando de manera permanente con servicios gratuitos que ofrecerán la información, difusión y orientación en la materia, así como el suministro de todos aquellos métodos anticonceptivos cuya eficacia y seguridad estén acreditadas científicamente. Asimismo, proporcionarán a la mujer que solicite la interrupción de su embarazo la información a que se refiere el último párrafo del artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal. **Los servicios de consejería también ofrecerán apoyo médico a la mujer que decida practicarse la interrupción del embarazo después del procedimiento de aborto, particularmente en materia de planificación familiar y anticoncepción.**"

tucional se comprende de manera general y en el artículo 4o. también constitucional se refiere a la mujer y al varón. Al respecto, el estudio acude a los argumentos de la reforma de 1974 y cita la tesis de rubro: "IGUALDAD JURÍDICA DEL HOMBRE Y LA MUJER PREVISTA EN EL ARTÍCULO 4o., PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES."²⁴

Lo anterior, nos confirma que la penalización de la interrupción del embarazo a petición de la mujer es inconstitucional, porque entraña una norma que desde la perspectiva de género hace una distinción negativa a partir de una diferencia biológica entre el hombre y la mujer.

En este punto, conviene citar los conceptos reconocidos en el artículo 5o. de la Ley de Igualdad Sustantiva entre Mujeres y Hombres en el Distrito Federal, que establece lo siguiente:

"III. Equidad de género: Concepto que se refiere al principio conforme al cual mujeres y hombres acceden con justicia e igualdad al uso, control y beneficio de los bienes, servicios,

²⁴ Tesis 1a. CLII/2007, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVI, julio de 2007, página 262, cuyo rubro y contenido son: "IGUALDAD JURÍDICA DEL HOMBRE Y LA MUJER PREVISTA EN EL ARTÍCULO 4o., PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES.— El primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prevé la igualdad del hombre y la mujer frente a la ley y ordena al legislador que proteja la organización y el desarrollo de la familia, se introdujo en la Carta Magna mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974 como parte de un largo proceso para lograr la equiparación jurídica del género femenino con el masculino. Así, en la relativa iniciativa de reformas se propuso elevar a rango constitucional la igualdad jurídica entre ambos y se indicó que ésta serviría de pauta para modificar leyes secundarias que incluyeran modos sutiles de discriminación. De manera que la referida igualdad implica una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, ya que frente a la ley, el hombre y la mujer deben ser tratados por igual; de ahí que el artículo 4o. constitucional, más que prever un concepto de identidad, ordena al legislador que se abstenga de introducir distinciones injustificadas o discriminatorias."

recursos y oportunidades de la sociedad, así como a la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida social, económica, política cultural y familiar; ... V. Perspectiva de Género: concepto que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, la desigualdad y la exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la equidad de género."

En este sentido, nos parece que las normas impugnadas atienden a estos principios que sí encuentran justificación en la Constitución mexicana, ya que lo contrario (la penalización) es una norma que discrimina por razón de género al subestimar la voluntad y decisión de las mujeres sobre sus cuerpos y desarrollo social, económico y cultural que también forma parte de su derecho a la vida digna.

b.3.2 Derecho de procreación.

Basta analizar los alcances del derecho a la procreación para comprender que la maternidad constituye un ejercicio de libertad que si no debe ser interferido o influenciado, menos impuesto a través de la vía penal.

Por otra parte, advierto que el proyecto sólo identifica a la familia conformada entre hombre y mujer, lo cual debe ser debidamente reconsiderado debido a que no es congruente con el contenido del artículo 3o. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que establece que los Estados se comprometen a garantizar la igualdad en el goce de to-

dos los derechos civiles y políticos del mismo. Y a su vez, prevé en su observación general 28 (68), que prevé la importancia de que el reconocimiento de la familia acepte diversas formas, con inclusión de parejas no casadas y sus hijos, de familias monoparentales y sus hijos.

En otro aspecto, los derechos de procreación no deben confundirse con la posibilidad de concederle a un tercero (como podría ser el padre o pareja de la mujer embarazada o los padres de una menor) su intervención en la decisión de interrumpir un embarazo menor de doce semanas, porque ello atenta contra las decisiones de intimidad sexual y libre maternidad. Además, porque se correría el riesgo de que el tercero en ejercicio de este derecho justifique y exija a la mujer que interrumpa su embarazo aun contra su voluntad. Así, este tipo de argumentos se caen solos, ya que se propiciaría la imposición de abortos o posibles litis sobre la culminación de embarazos o el destino del producto de la concepción que inclusive, podría eximir a terceros del delito de aborto forzado, ya que si recordamos, sí se penaliza esta conducta cuando no media la voluntad de la mujer embarazada.

El artículo 146 del Código Penal del Distrito Federal establece que:

(Reformado, G.O. 26 de abril de 2007)

"Artículo 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada. ... Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión."

De esta manera, si se permite que terceros intervengan en la decisión y voluntad sobre la continuación de un embarazo, el mismo derecho podría reclamarse para su interrupción aun sin la voluntad de la mujer y, por tanto, sería muy complicado demostrar el tipo penal de aborto forzado.

b.3.3 Derecho a la protección de la salud

En este punto me parece oportuno mencionar que la despenalización del aborto hasta las doce semanas y el servicio público que brinda la interrupción del embarazo en este contexto constituye un derecho de salud pública que se vincula estrechamente con el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, me parece más relevante destacar que una de las estrategias más importantes para lograr la eficacia de estos derechos es el compromiso del artículo 2o. del pacto en cita, que establece:

"Artículo 2 ... 1. Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."

El principio de progresividad de los derechos humanos obedece a la obligación de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales y, por tanto, el Estado

se obliga a mejorar la situación de estos derechos (principio de carácter programático) y simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o, en su caso, de derogar los ya existentes. Es así, que existe un principio fundamental en esta materia que es la prohibición de regresividad y cualquier medida regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración, ya que tienen que justificarse como algo extraordinario y fuertemente razonable.²⁵

Queda claro que la interrupción legal del embarazo antes de las doce semanas no cumple con este requisito debido a que no existen elementos consensuados, jurídicos y fuertemente razonables que determinen que la existencia del derecho a la vida del producto de la concepción antes de las doce semanas y obliguen su defensa por la vía penal.

La afirmación anterior la fortalezco con lo dicho en el documento enviado por Amnistía Internacional en donde nos sugieren lo siguiente:

"... declarar la invalidez del decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley General de Salud del Distrito Federal por conseguir no contribuir a impulsar los esfuerzos del Distrito Federal por conseguir que los derechos humanos se hagan realidad, sino que de hecho, dará lugar a incumplimientos de las obligaciones contraídas por el Estado mexicano en materia de derechos humanos. En 2006, el Comité de Derechos Económicos, Socia-

²⁵ Cfr. Abramovich Víctor y Christian Courits, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2a. ed, 2004, pp. 92-116.

les y Culturales de la ONU expresó su preocupación por las violaciones de derechos humanos cometidas con el aborto y pidió al gobierno mexicano que se ocupara de los siguientes serios problemas: la elevada tasa de mortalidad materna causada por los abortos practicados en condiciones de riesgo, en particular en el caso de niñas y jóvenes; la obstrucción del acceso al aborto legal después de una violación por haberse proporcionado informaciones erróneas o por la falta de directrices claras; la conducta abusiva de los fiscales públicos y del personal sanitario con las víctimas de violaciones que quedan embarazadas, los obstáculos jurídicos en los casos de incesto, y la falta de acceso a la educación y los servicios sobre la salud reproductiva.²⁶ El Decreto del Distrito Federal por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal representa el cumplimiento por parte del gobierno de las recomendaciones formuladas por el comité sobre cómo ha de cumplir el Estado mexicano con sus obligaciones en materia de derechos humanos por lo que éste ha de ser respaldado por la Suprema Corte ... La obligación de cumplir con el respeto, protección y garantía efectiva del derecho a la vida no obliga al Estado mexicano a restringir el acceso de las mujeres a servicios de aborto en condiciones seguras. De hecho, la restricción injustificada de tal acceso no contribuye a hacer efecto el derecho a la vida. Su restricción injustificada y arbitraria no hace más que dejar a las mujeres expuestas a la muerte y la enfermedad a causa de abortos practicados en condiciones de riesgo. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha determinado que, para hacer efectivo el derecho a

²⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre México (2006), párr. 25.

la vida, los Estados deben tomar medidas positivas para poner freno a muertes evitables, incluidas medidas contra abortos clandestinos, que ponen en peligro la vida.²⁷ Una de tales medidas es la despenalización del aborto."

La opinión anterior fue refrendada por la oficina de la alta comisionada para los derechos humanos, Louise Arbour, quien sugirió que se homologara la despenalización del aborto en toda la República mexicana. Lo anterior fue sustentado, porque se debe respetar la decisión de las niñas y mujeres.²⁸

De esta manera, confirmamos que la interrupción legal de embarazo antes de las doce semanas no debe ser declarada inconstitucional debido a que implicaría una violación al principio de progresividad de un derecho humano que ha sido plenamente legitimado por más de 12,000 mujeres.

b.3.4 Derecho de la niñez a su desarrollo integral

En este punto, me interesa aclarar que el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no define el momento desde el cual se es niño, sino el momento hasta el cual se es niño. Esta redacción no ha sido casual: la intención expresa de sus redactores, a efecto de lograr el mayor consenso en el momento de la adopción, y la mayor cantidad posible de adhesiones, fue la de evitar expedirse sobre el momento desde el cual se asigna la condición de niño, justamente para evitar tomar partido entre Estados favorables a la protección

²⁷ Véase Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 28, artículo 3, Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres, ya antes citado para el tema de familia.

²⁸ Esta información puede consultarse en: <http://www.hchr.org.mx/documentos/actualizacion/capitulo5.pdf>

desde el momento de la concepción, y Estados que incluyen en su legislación hipótesis lícitas de la interrupción del embarazo.²⁹

b.3.5 Protección al producto de la concepción

Aun cuando se hubiere considerado que tanto la madre como el producto de la concepción merecen el derecho a la salud, ello no sirve para justificar que la interrupción legal del embarazo menor de doce semanas sea inconstitucional cuando lo solicita la mujer gestante. Menos aún justifica que el Constituyente hubiera atribuido una temporalidad en el derecho a la vida.

b.4 Artículo 123, apartados A, fracciones V y XV, y B, fracción XI, inciso C), de la Constitución

Este punto ha sido reiteradamente discutido, porque prevé los derechos de las mujeres trabajadoras embarazadas.

El origen de esa redacción del artículo 123 constitucional deriva de uno de los pilares más importantes de la historia de los derechos de las mujeres.

Me refiero a las luchas de las obreras que durante las primeras décadas del siglo XX y poco antes comenzaron a organizarse para exigir la igualdad laboral.

Los derechos laborales de las mujeres tienen que ver con su exigencia por eliminar la división sexual de trabajo y el

²⁹ Cfr. con *amicus curie* enviado por el Centro de Derechos Reproductivos y la Comisión Internacional de Juristas, página 13.

obstáculo que puede representar la maternidad en la lucha por la conservación y el ascenso en los empleos.³⁰

Lo anterior se corrobora en el mismo proyecto cuando menciona que la exposición de motivos de la reforma al artículo 123 de fecha 31 de diciembre de 1974 señaló —entre otros puntos— que "la mujer mexicana ha manifestado reiteradamente, su acceso y libertad de empleo deban considerarse, en todos los casos, en un plano equivalente al del varón."

Por tanto, sería irónico que de un derecho derivado de la lucha de mujeres trabajadoras que exigieron igualdad laboral se restrinjan los derechos que les permiten ejercer y consolidar su autonomía y verdadera ciudadanía.³¹

b.5 Artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 30, 32 y 37 constitucionales en materia de nacionalidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación de veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete (pp.410-418)

El Estado mexicano otorga un documento que se llama acta de nacimiento y en el mismo se confirma la situación de nacionalidad que guarda el niño nacido.

Como ejemplo, podemos citar el artículo 54 del Código Civil Federal que establece que las declaraciones de nacimiento

³⁰ Cfr. Gamba Susana Beatriz, *op. cit.*, voces: División sexual del trabajo y doble jornada laboral, pp. 99-103.

³¹ Las luchas por los derechos laborales de las mujeres se conmemoran el 8 de marzo con el Día Internacional de la Mujer, en razón de que fue en esa fecha en el año de 1908, cuando 129 trabajadoras textiles fueron encerradas por sus patrones y quemadas en una fábrica de Nueva York, por reclamar por sus derechos laborales.

se harán presentando al niño ante el Juez del Registro Civil en su oficina o en el lugar donde aquél hubiere nacido.

Es de este modo, que tenemos que tomar en cuenta cuáles son los documentos de derecho que el Estado mexicano otorga a las personas.

En relación con la tesis que se cita en el proyecto y que lleva el rubro de: "CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. EL PLANTEAMIENTO DE QUE UNA LEY SECUNDARIA CONTRADICE EL TEXTO DE LAS NORMAS TRANSITORIAS DE UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CONSTITUYE UN TEMA DE ESA NATURALEZA."³²

El texto del artículo transitorio en comento menciona lo siguiente:

"Artículo tercero. Las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de este decreto, seguirán aplicándose a los nacidos o concebidos durante su vigencia, únicamente en todo aquello que les favorezca, sin perjuicio de los beneficios que les otorga la reforma contenida en el presente decreto."

³² Tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, P. XLV/2004, Novena Época. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XX, septiembre de 2004, página 6. rubro y texto: "CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. EL PLANTEAMIENTO DE QUE UNA LEY SECUNDARIA CONTRADICE EL TEXTO DE LAS NORMAS TRANSITORIAS DE UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CONSTITUYE UN TEMA DE ESA NATURALEZA. El planteamiento que expuso que una ley secundaria contradice el texto de las normas transitorias de una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos constituye un tema de constitucionalidad de leyes, cuyo conocimiento corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ello es así porque dichas normas transitorias forman parte de la propia Ley Fundamental, que son obra del Constituyente, y en su creación y modificación deben observarse los principios que establece su artículo 135, por lo que su obligatoriedad es de idéntico valor al del propio articulado constitucional."

Los motivos que propiciaron la reforma constitucional que dio origen al citado precepto transitorio, no pueden establecer que la Constitución reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción, debido a que en la redacción del artículo 30 habría establecido que la nacionalidad se adquiere en el momento de la concepción, lo cual es un absurdo.

Asimismo, podemos observar que la redacción de las fracciones derivadas de la reforma que se cita en el proyecto, también exigen como requisito el nacimiento. Es así que su redacción dice lo siguiente:

"Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización. A) Son mexicanos por nacimiento: I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres. (Reformada, D.O.F. 20 de marzo de 1997) II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional. (Adicionada, D.O.F. 20 de marzo de 1997) III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes. ..."

Como se advierte, el artículo transitorio en comento se encuentra supeditado a los artículos de los que deriva, siendo el requisito indispensable el nacimiento. No podríamos conceder un alcance de la magnitud que se pretende, partiendo de este supuesto.

Consecuentemente, no encuentro que del contenido del citado precepto transitorio se desprenda el derecho a la vida del producto de la concepción y mucho menos que el mismo tenga que protegerse por la vía penal. Esto es, no se desprende ninguna exigencia que module u obligue a protegerlo por encima de las mujeres nacidas.

b.6 Instrumentos internacionales

Por lo que respecta a los instrumentos internacionales de derechos humanos que se citan, reitero mis argumentos y agrego que ni los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ni los órganos del Sistema Universal de Derechos Humanos, han declarado jamás que el Estado esté obligado a proteger sin excepción la vida desde el momento de la concepción, o que esté obligado a prohibir y a penalizar la interrupción voluntaria del embarazo.³³

b.6.1 Convención sobre los Derechos del Niño

Sobre este punto, me he pronunciado, sólo agrego que en el Estado mexicano el acta de nacimiento exige que el producto se encuentre fuera del seno materno para reconocerle personalidad jurídica. En todo caso, se puede llegar a reconocer a un feto a través de un certificado de muerte fetal³⁴

³³ Cfr. Centro de Derechos Reproductivos, *op. cit.* p. 10.

³⁴ La Ley General de Salud regula el documento de la siguiente forma: "Artículo 350 Bis 6. Sólo podrá darse destino final a un feto previa expedición del certificado de muerte fetal.... En el caso de que el cadáver del feto no sea reclamado dentro del término que señala el artículo 348 de esta ley, deberá dársele destino final. Salvo aquellos que sean destinados para el apoyo de la docencia e investigación por la autoridad de Salud conforme a esta ley y a las demás disposiciones aplicables, quien procederá directamente o por medio de las instituciones autorizadas que lo soliciten mismas que deberán cumplir con los requisitos que señalen las disposiciones legales aplicables."

(obviamente también se necesita que se encuentre fuera del seno materno). Aun en este supuesto, el documento no tiene las mismas características de un acta de nacimiento, ya que sólo se realiza para control de salud materna y estadística.

b.6.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En lo que toca al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, me interesa agregar que de la observación general al artículo No.3 (igualdad entre hombre y mujer), emitida por el Comité de Derechos Humanos, que ya antes he citado, se desprende el punto 20 que sostiene un elemento de suma importancia:

"20. Los Estados partes deben presentar información que permita al comité evaluar los efectos de las leyes y prácticas que entraban el ejercicio por la mujer, en pie de igualdad con el hombre, del derecho a la vida privada y otros derechos amparados por el artículo 17. Constituye un ejemplo de esa situación el caso en que se tiene en cuenta la vida sexual de una mujer al decidir el alcance de sus derechos y de la protección que le ofrece la ley, incluida la protección contra la violación. Otro ámbito en que puede ocurrir que los Estados no respeten la vida privada de la mujer guarda relación con sus funciones reproductivas, como ocurre, por ejemplo, cuando se exige que el marido dé su autorización para tomar una decisión respecto de la esterilización, cuando se imponen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten

a abortos. En esos casos, pueden estar en juego también otros derechos amparados en el pacto, como los previstos en los artículos 6 y 7."

El punto anterior nos introduce otro aspecto que no debe pasar inadvertido, me refiero al derecho a la intimidad de las mujeres en el ejercicio de sus reproductivos y salud sexual. Cuando el Estado impone a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos, sin duda está violando su derecho a la salud, su derecho a la igualdad y su derecho a la intimidad.

De esta manera, conviene recordar que el derecho a la intimidad se ha reconocido en el artículo 16, primer párrafo, de la Constitución mexicana. Al respecto, cito la tesis de rubro y contenido: "DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.—Dicho numeral establece, en general, la garantía de seguridad jurídica de todo gobernado a no ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, sino cuando medie mandato de autoridad competente debidamente fundado y motivado, de lo que deriva la inviolabilidad del domicilio, cuya finalidad primordial es el respeto a un ámbito de la vida privada personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, con la limitante que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece para las autoridades. En un sentido amplio, la referida garantía puede extenderse a una protección que va más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que se desenvuelve normalmente la privacidad o la intimidad, de lo cual deriva el reconocimiento en el artículo 16, primer párrafo, constitucional, de un derecho a

la intimidad o vida privada de los gobernados que abarca las intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida."

El derecho a la intimidad de las mujeres es vulnerado cuando el Estado le impone a terceros denunciarla o exhibir su interrupción de embarazo, asimismo, la coloca en un estado de desprotección, ya que ante el temor de una acusación prefiere no acudir a servicios médicos seguros para que le atiendan cualquier complicación o efecto relacionado con un aborto ilegal.

Los alcances del derecho a la intimidad de las mujeres también obedecen a derechos ganados que reconocen la autonomía y control de su sexualidad, aun en los casos en que tengan una pareja.³⁵

En este sentido, es posible afirmar que la penalización de la interrupción del embarazo por voluntad de la mujer embarazada constituye una de las medidas que produce una importante afectación y desigualdad en las relaciones de género.³⁶

b.6.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Antes de referirnos a la convención conviene señalar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos que signi-

³⁵ Conviene recordar los importantes precedentes *Griswold v. Connecticut* (1965) y *Roe v. Wade* (1973, porque mostraron la importancia del reconocimiento del derecho a la intimidad y autonomía sexual).

³⁶ Cfr. Cohen Jean L., *Regulating Intimacy, New Legal Paradigm*, Princeton University Press, 2004, pp. 33-55.

ficó uno de los avances más importantes en el desarrollo de los sistemas democráticos en el siglo XX establece en su expresivo artículo 1o. que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

Nacer, para comportarnos fraternalmente los unos con los otros, es un presupuesto esencial para convertirnos en sujetos dignos de exigir el respeto y tutela de todos los derechos consagrados en las Constituciones democráticas y sistemas de derechos humanos.

La misma esencia se reconoce en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre cuando en su preámbulo establece que: "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros."

De esta manera, debemos identificar que el tema que nos ocupa pertenece al espacio jurídico y, por tanto, es relevante establecer que para estos efectos existen bienes jurídicos tutelados y seres humanos dotados de derechos y prerrogativas que les permiten conducirse fraternalmente unos con otros.

Tenemos así que el nacimiento sí implica un presupuesto indispensable e, incluso, para el caso de que no gozara de razón o conciencia, el sistema jurídico le reconoce el estado de discapacidad que puede manifestarse en deficiencia física, mental o sensorial en razón de una naturaleza temporal o permanente la cual se exige proteger en razón de un entorno

económico o social,³⁷ lo cual sólo puede experimentarse una vez que se nace.

Ahora bien, no pasa inadvertido que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 4, punto 1, que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

Sin embargo, resulta de suma importancia tomar en cuenta que dicho artículo ha sido interpretado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en dos momentos históricos de los derechos humanos y fundamentales de las mujeres.

En esta parte me interesa puntualizar que tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos son los órganos competentes para interpretar todos los tratados e instrumentos jurídicos de derechos humanos pertenecientes al sistema regional interamericano. Asimismo, que México ha aceptado su competencia y, por tanto, el valor de su jurisprudencia contiene importantes efectos jurídicos que exigen ser tomados en cuenta dentro de nuestro sistema de derecho interno.

El primero, el caso fue la resolución No. 23/81, Caso 2141, 6 de marzo de 1981, de Estados Unidos de América,³⁸ cuando una organización católica solicitó la intervención de

³⁷ Artículo 1o. de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

³⁸ El caso puede consultarse en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>.

la Comisión Interamericana para denunciar la posible violación de los derechos humanos de su representado "Baby Boy" quien se consideraba víctima muerta por un proceso de aborto ejecutado por un médico especializado.

En el caso se reclamó principalmente la violación del derecho a la vida reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el derecho a la vida desde la concepción reconocido en la Convención Americana. Al respecto, la Comisión Interamericana determinó que el asunto era de naturaleza compleja con diversas cuestiones jurídicas, morales y científicas.

Luego, de un estudio riguroso, la Comisión Interamericana determinó que el derecho a "la vida desde el momento de su concepción" no debía adoptarse en términos absolutos, ya que la definición dada en el proyecto del comité jurídico era incompatible con las leyes que regían el aborto en la mayoría de los Estados americanos y tal reconocimiento habría implicado la derogación de los artículos de los Códigos Penales que "excluían la sanción penal por el crimen de aborto".

De esta manera, se consideró que para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de "desde el momento de la concepción", era necesario tomar en cuenta que la misma redacción del texto estipulaba las palabras "en lo general".

En este contexto, la Comisión Interamericana resolvió que la Corte Suprema de los Estados Unidos y la Corte Suprema Judicial de Massachusetts no habían violado los instrumentos jurídicos antes citados al convalidar la destipificación del aborto.

El siguiente caso nos involucra como Estado mexicano y, por ende, nos vincula de manera directa. Me refiero al informe no. 21/07, petición 161-02, solución amistosa de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, de 9 de marzo de 2007.³⁹

Al respecto, se presentó la petición por organizaciones no gubernamentales que denunciaron a México por la violación de los derechos humanos de la menor Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, quien fue víctima de violación sexual de la cual resultó embarazada y fue obstaculizada en ejercer el derecho de interrumpir su embarazo según lo establecido por la ley mexicana.

El caso estimó la violación de los derechos protegidos por los artículos 1, 5, 7, 8, 11, 12, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los derechos protegidos por los artículos 1, 2, 4, 7 y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer, el derecho protegido en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos protegidos por los artículos 9, 17 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los derechos protegidos en los artículos 3 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho protegido en el artículo 12 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y los derechos protegidos en los artículos 19, 37 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁹ El caso de referencia puede consultarse en <http://www.cidh.org/annualrep/2007/sp/mexico161.02sp.htm>.

El resultado de lo anterior culminó en un acuerdo y compromiso del Estado mexicano para que pagara diferentes cantidades por conceptos de gastos judiciales, apoyo y manutención y vivienda, entre otros. De la misma forma, se estableció que se inscribieran en un sistema de seguridad social para gozar de su derecho al servicio de salud y de atención psicológica para la menor.

Nos interesa aclarar que aun cuando en este caso hubo una violación, lo cierto es que la interpretación tiene efectos extensivos que debemos tomar en cuenta debido a que la Comisión Interamericana determinó que es obligación del Estado mexicano proteger y promover los derechos de las mujeres como una prioridad para los Estados miembros de la OEA, con el fin de garantizar derechos fundamentales como la igualdad, la no discriminación y la vida libre de violencia basada en el género. Asimismo, se estableció que la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) se tenía que establecer que las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos incluyendo todos los civiles, políticos, sociales y culturales (principalmente en los relacionados con programas de salud).

Por lo que respecta al tema de la salud vale comentar que se estableció que la interrupción legal del embarazo constituye un derecho a la salud y, por tanto, debe ser facilitado en el menor tiempo posible para los casos previstos por los Estados.

De este modo, podemos atender a las citadas interpretaciones para comprender que se puede llegar a un equilibrio

y respeto a la legislación interna de los Estados cuando éstos conceden el derecho a la interrupción del embarazo.

Aunado a esto, vale recordar que el Estado mexicano formuló una declaración interpretativa al citado artículo 4, punto 1, de la Convención Americana en el sentido de que la expresión "en general" usada en el citado párrafo, no constituye la obligación de adoptar y mantener en vigor la legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción", ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.⁴⁰

b.6.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En relación con el Pacto Internacional de Derechos Humanos reitero mi postura sobre la importancia de respetar el principio de progresividad de este tipo de derechos y en específico mantengo mi postura de no retroceder y suspender políticas que entrañan servicios de salud pública a las mujeres.

b.6.5 Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer

En este punto, estimo que los artículos de esta convención deben considerarse en conjunto, ya que representan a uno de

⁴⁰ (Declaraciones interpretativas y reserva hechas al ratificar la Convención) El instrumento de adhesión se recibió en la Secretaría General de la OEA el 24 de marzo de 1981, con dos declaraciones interpretativas y una reserva. Tal reserva se notificó conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969. El plazo de 12 meses desde la notificación de la misma se cumplió el 2 de abril de 1982, sin objeciones. El texto de las declaraciones y reserva es el siguiente: "... Declaraciones Interpretativas: Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión 'en general', usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida 'a partir del momento de la concepción' ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados."

los ordenamientos más significativos y relevantes de los derechos humanos de las mujeres.

b.7 Ley General de Salud

En este apartado se confirma lo mencionado en la resolución y también se considera que no es conveniente establecer conceptos rígidos, porque la materia tiene diversas vertientes que requieren un nivel de especialización (ejemplo: embarazo en el caso de investigación para inseminación artificial).

b.8 Códigos Penal Federal, Civil Federal y Civil para el Distrito Federal

Como señalé antes, los supuestos establecidos en las legislaciones no pueden generar principios constitucionales. Además, de manera similar al supuesto del artículo transitorio de la Constitución que anteriormente fue analizado, se trata de un supuesto de nacimiento y además viabilidad.

El mismo artículo 1314 del Código Civil Federal establece que son incapaces de adquirir por testamento o intestado los concebidos cuando no sean viables. Asimismo, el artículo 2357 reitera estos supuestos cuando exige la viabilidad del concebido.

En consecuencia, es claro y manifiesto que la viabilidad no puede presentarse antes de doce semanas. Bajo estos argumentos, sostengo mi postura sobre la constitucionalidad de las normas que fueron impugnadas mediante a la acción de inconstitucionalidad 146/2006 y su acumulada 147/2007.

Por lo que respecta al estudio vinculado al derecho penal y la redacción de las normas impugnadas comparto la parte relativa de la resolución, con la salvedad de que considero importante incorporar diversos argumentos vinculados con los motivos que determinaron que el legislador democrático determinara despenalizar una conducta.

Igualmente, me parece sumamente relevante que se confirme que los derechos humanos y fundamentales de las mujeres se encuentran estrechamente vinculados al tema de la interrupción legal del embarazo, ya que ello beneficia su cumplimiento y eficacia debido a que genera un bloque de constitucionalidad para la materia.⁴¹

En este sentido, considero que si en el tema de la despenalización del aborto o interrupción legal del embarazo antes de las doce semanas a voluntad de la mujer embarazada se considera "secundario" reforzar el principio de equidad de género y posible discriminación con ciertas normas penales, no se cumple con el necesario estudio del artículo 4o. de la Constitución mexicana, que en el presente caso justifica la necesidad de evitar penas que coloquen a las mujeres (en este caso) en una posición de desigualdad. La pregunta en este caso es ¿para qué sirve conceder el reconocimiento de los derechos de equidad de género en el artículo 4o. de la

⁴¹ El bloque de constitucionalidad alguna vez fue definido por la Corte Constitucional colombiana como: normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del Texto Constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*. Por tanto, se mantiene una postura para que en los casos de derechos humanos analizados en la acción de inconstitucionalidad de esta materia se considere esta posibilidad.

Constitución mexicana? La respuesta puede ser, para justificar la declaración de constitucionalidad de las normas impugnadas y para identificar o materializar ciertos derechos vinculados con el tema de la despenalización del aborto. Asimismo, para que exista uniformidad y claridad en la interpretación constitucional que evite que se presenten reformas legales que endurezcan penas que discriminan y evitan el verdadero ejercicio del derecho de la igualdad y equidad de género."